



## Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

**Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)**

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

### Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

### Bajo las condiciones siguientes:



**Atribución** — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



**No Comercial** — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

**MATERNIDAD SUBROGADA PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO EN  
COLOMBIA BAJO UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO.**

**SURROGANCY FOR SAME SEX COUPLES IN COLOMBIA FROM THE  
PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW**

María Camila Vaca Gómez<sup>1</sup>

2018

Universidad Católica de Colombia

**RESUMEN**

La sociedad se encuentra en constantes procesos de fluctuación y cambios, de esta manera, la tecnología trajo consigo un reto para los ordenamientos jurídicos al intentar regular los nuevos y diversos métodos científicos e informáticos.

En este orden de ideas la maternidad subrogada concebida con los nuevos métodos científicos por medio del cual se puede con procrear a través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es una técnica moderna que ha dado revuelo a través del mundo, por cuanto su positivización en los diferentes ordenamientos jurídicos ha traído diversas dificultades, debido a su gran impacto moral, jurídico y las múltiples consecuencias que se derivan de su práctica. Por otro lado, la maternidad subrogada abre las puertas para que las parejas del mismo sexo tengan la posibilidad de procrear un hijo biológico, un nuevo reto para del derecho, su regulación e implementación respetando el derecho de igualdad de las parejas del mismo sexo.

**PALABRAS CLAVES**

---

<sup>1</sup> Estudiante de derecho en proceso de grado, Universidad Católica de Colombia, Sede Bogotá D.C. Artículo reflexivo para optar por el título de abogada. 2018. Correo: mcvaca64@ucatolica.edu.co Director: Wilson Murillo Docente de Derecho Procesal, Docente de la Universidad Católica de Colombia.

Maternidad Subrogada, Madre Sustituta, Técnicas de Reproducción Asistida, Fecundación *in vitro*, Parejas del Mismo Sexo.

### **ABSTRACT.**

The Society is in constant fluctuating and changing processes, in this way, technology brought with it for legal systems, when trying to regulate the new and varied scientific and computer methods.

In this order of ideas, subrogacy is conceived with the new means by which the medium can be cheated through Assisted reproductive technology, it is a modern technique that has been delivered throughout the world, because its positivization in different ordinations there have been many difficulties, due to its great moral and legal impact and the multiple consequences that derive from its practice. On the other hand, subrogancy opens the doors so that same-sex couples have the possibility of procreating a biological child, a new resource for the right, its regulation and implementation respecting the right of equality the same sex couples.

### **KEY WORDS**

Surrogacy, Surrogacy Mother, Assisted reproductive technology, In Vitro Fertilization, Same Sex Couples.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

¿Cuáles serían los efectos que a nivel jurídico se presentarían al momento de la inclusión de la Maternidad Subrogada y su aspecto frente a la igualdad de las parejas el mismo sexo en el régimen jurídico colombiano?

## SUMARIO

Introducción 1. Maternidad Subrogada en Colombia 1.1. Análisis a la Sentencia T-968 de 2009 1.2. Análisis al Proyecto de ley 202 de 2016 2. Maternidad Subrogada en el Ámbito Internacional 2.1 Antecedentes 2.2. Conceptos y terminología 2.3. Modalidades o tipos de Maternidad Subrogada 2.4 Regulación de la Maternidad Subrogada en diferentes países 3. Parejas del mismo sexo en Colombia 4. Parejas del mismo sexo en el Ámbito Internacional 5. Maternidad Subrogada en Parejas del Mismo Sexo 5.1. Regulación Jurídica en Colombia. 5.2. Derecho Comparado. 6. Efectos Jurídicos que se pueden derivar de la práctica de Maternidad Subrogada para parejas del mismo sexo. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

La Maternidad Subrogada nace de la necesidad que tienen las parejas de procrear un hijo biológico, pero tienen un obstáculo natural (infertilidad) o existe la voluntad de la persona de tener un hijo sin que de por medio se dé a efecto un acto sexual o sencillamente por tener el mismo sexo que su compañero; necesidad que fue satisfecha gracias a la Reproducción Asistida-Fecundación In Vitro (en adelante “FIV”), más específicamente en este trabajo la Maternidad Subrogada.

Esta Maternidad Subrogada como se ve a través de la presente investigación es un fenómeno cada vez más frecuente alrededor del mundo, y así su necesidad de una regulación que lleva consigo diversos efectos jurídicos, tales como la filiación, el derecho *supra* de los menores de edad, la igualdad de las parejas de las parejas del mismo sexo frente a las demás, la creación de un contrato a título oneroso o gratuito y miles de problemas jurídicos que puedan derivarse de esta práctica.

Dando un alcance mucho más cercano se realiza una observación y análisis más amplio a nuestro ordenamiento jurídico (colombiano), visualizando en principio que esta práctica no está normada, pero si se ha dado un primer acercamiento y una permisión con la Sentencia T-968 de 2009). Además, durante el camino desarrollado en la presente investigación se realiza un recuento superfluo, del gran avance jurisprudencial y legal que se ha generado en los últimos años en relación con los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia; articulando este último, con el fin de que la orientación sexual no sea un obstáculo en la posibilidad de ejercer esta técnica de reproducción asistida y este siempre presente el concepto de igualdad para las parejas de las parejas del mismo sexo.

De igual manera se evidencia en el derecho comparado que la regulación de esta práctica es variante según los principios base de cada país, y es mucho menos frecuente que se permita la técnica de reproducción asistida para parejas del mismo sexo.

## 1. MATERNIDAD SUBROGADA EN COLOMBIA

En Colombia no se encuentra regulada la Maternidad subrogada, sin embargo, nuestro ordenamiento en la Carta Política de Colombia de 1991 en su artículo 42 define a la familia de la siguiente manera:

“[...]

*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

[...]

*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o **con asistencia científica**, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. [...]*” (subrayado fuera de texto).

Visto lo anterior, se establece que los hijos se pueden tener bajo la asistencia científica, dando una gran brecha para la adición de la Maternidad Subrogada en el ordenamiento

jurídico colombiano. La Reproducción Asistida, tuvo un avance jurídico en la legislación colombiana y hoy en día se encuentra regulada por el Decreto 2493 de 2004. (Cano H.M 2001. P. 87 y 88).

En el 2009 gracias a la sentencia T-968 de la Corte Constitucional (en adelante “Corte” o “Tribunal”), se dio un primer acercamiento al tema de la Maternidad Subrogada, pero se manifestó que quien debía regular el mismo era el Congreso de la Republica (Corte Constitucional, 2009).

En el precitado fallo, la Corte definió la Maternidad por Sustitución de la siguiente manera:

“[...]

*El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figura como madre de éste.*

[...]” Yolanda Gómez Sánchez (Citado en Sentencia T-968 del 2009 de la Corte Constitucional).

### **1.1.ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-968 DE 2009**

En esta sentencia se presenta el caso de Sarai, mercaderista de 22 años de edad, madre soltera, residente del departamento de Valle del Cauca, y Salomón, psicólogo, de 54 años de edad, casado, residente en Estados Unidos, quienes concibieron gemelos a través del proceso de reproducción asistida denominada Fecundación *in vitro*.

Sarai y Salomón se conocieron por intermedio del Dr. Marco Julio Velásquez, director del programa de fertilización *in vitro* del centro de reproducción asistida Fecundar, quien los presento con el propósito inicial de que Sarai fuera Madre Sustituta al matrimonio conformado por Raquel y Salomón, e hicieran realidad su sueño de ser padres.

En el acuerdo inicial Sarai solo prestaría su vientre para que se fecundara en él un embrión (con material biológico de Raquel y Salomón) todo a cambio de una suma de dinero y los gastos médicos. Sin embargo, tras varios intentos de fertilización, la concepción del embarazo fue nula.

Posteriormente Salomón siguió en contacto con Sarai, al punto de llegar a una relación más íntima, Sarai se practicó el tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulos propios y espermatozoides de Salomón, de los que resultó el embarazo de mellizos.

Sarai tras dar a luz a los mellizos los registra, sin que en este allá el reconocimiento del padre, después de un tiempo el padre solicita la entrega de los menores y empieza un enfrentamiento judicial por su tenencia.

Tras diversos debates entre los padres y providencias emanadas de los entes judiciales, la Corte Constitucional en virtud de su competencia realiza acción de revisión.

Durante la sentencia la Corte manifiesta que, es de suma importancia tener presente que bajo el tenor del artículo 44 de la Carta Política, son derechos fundamentales de los niños tener una familia y no ser separado de ella.

De otro lado, la Corte manifiesta que el artículo 42 de la Constitución menciona que la familia es conforma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y de una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, por cuanto la familia es una condición necesaria para la satisfacción de la mayoría de los derechos fundamentales de los menores.

La Corte expresa que en Colombia esta práctica no está regulada y manifiesta la necesidad de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones como los siguientes:

“[...]

- Que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir
- Que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre)
- Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas
- Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos etc.
- Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después y después del embarazo, así como a valoración psicológica
- Que se preserve la identidad de las partes
- Que la mujer gestante una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor
- Que los padres del menor no puedan rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia
- Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor
- La mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.

[...]”

Dando alcance a lo anterior esta sentencia manifiesta que esta práctica es una figura que no está prohibida por lo cual está permitida, pero se manifiesta la necesidad de una regulación al respecto.

Su fundamento se da bajo los artículos 42-6 de la norma superior cuando se prevé que “los hijos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o **con asistencia científica**, tienen iguales derechos y deberes” razón por la cual da a una interpretación superflua de su aceptación.

La Corte considera dentro de la sentencia que solo es Maternidad Subrogada cuando no hay material genético que una a la mujer gestante y menor que se concibe, ya que esto la catalogaría como madre biológica.



La Corte exhorta a al congreso regular el tema. Sin embargo, hoy el congreso no se ha pronunciado por lo cual en Colombia se sigue practicando en diferentes centros de fertilización la Maternidad Subrogada, siendo esa aun una materia no regulada.

## **1.2. ANÁLISIS AL PROYECTO DE LEY 202 DE 2016**

En el año 2016 se presentó un proyecto de ley para prohibir la práctica de Maternidad Subrogada ante la Cámara de Representantes del Congreso, en el precitado proyecto se busca proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer; y el derecho a la vida y a la conformación de una familia del *naciturus*, argumentando que el contrato de Maternidad Gestacional con fines lucrativos es una forma de explotación al cuerpo de la madre y de los menores.

En este orden de ideas, se manifiesta en el documento presentado al congreso que, el desarrollo de esta práctica conllevaría a la utilización del cuerpo de la mujer como una máquina de hacer hijos, que se arrienda con el fin de satisfacer a terceros y a los menores como mercancías que se venden o se devuelven o se cambian.

## **2. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

### **2.1. ANTECEDENTES**

La Maternidad subrogada o gestación por sustitución como algunos doctrinantes la denominan, no es una práctica netamente actual, lo cierto es que los primeros antecedentes reposan en la Santa Biblia donde podemos evidenciar dos casos concretos, así:

#### **1. Sarai esposa de Abram y su sierva Agar:**

*1 Y Sarai, esposa de Abram, no le daba hijos; y ella tenía una sierva egipcia que se llamaba Agar.*

*2 Dijo, pues, Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego que te allegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram a la voz de Sarai.*

*3 Y Sarai, esposa de Abram, tomó a Agar, su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado Abram en la tierra de Canaán, y la dio a Abram, su marido, por esposa. (Génesis 16:1-3, Antiguo Testamento)*

En este sentido, y en concordancia con lo anterior podemos notar que la maternidad subrogada es practicada de una forma muy natural tomando una mujer en este caso esclava o sierva (como un objeto) para procrear un hijo con los genes del padre y así dar una descendencia. En la modernidad la maternidad subrogada por lo general y gracias a los avances tecnológicos, se realiza manipulando la fecundación de un ovulo e implantándolo en el útero de una portadora, aunque está es solo una figura ya que más adelante veremos que la maternidad subrogada puede darse de diferentes maneras dado el caso específico de los interesados.

En este orden de ideas, el siguiente antecedente de Reproducción Asistida al que podemos remitirnos es en el año 1790, cuando el médico escocés John Hunter informó haber inyectado con una jeringa caliente semen de un hombre en el útero de su esposa, resultando el procedimiento en un embarazo. Hunter no pudo repetirlo en procedimientos posteriores. (Haydée B. Homenaje. 2014 p. 748).

En 1866, James M. Sims, médico estadounidense, determinó que la fecundación dependía no solo de la mujer sino del hombre. Sims demostró que el líquido seminal podía contener baja presencia de espermatozoides. (Haydée B. Homenaje. 2014 p. 749).

Posteriormente se dieron diferentes casos, pero uno de los más significativos es el que se desarrolló en EEUU conocido como el caso de “Baby M”, que tuvo lugar en 1986 en New Jersey. En dicho caso el acaudalado matrimonio Stern contrató a una madre subrogada, quien aportó el óvulo para la fecundación, para que gestara a su futura hija.

Tras producirse el nacimiento de la niña, la gestante se negó a ceder la custodia alegando que no podía desprenderse de la niña, por lo que los padres comitentes iniciaron un proceso judicial al respecto. El Juez de primera instancia determinó que el contrato era válido y entregó la custodia al matrimonio Stern, pero la madre biológica apeló al Tribunal Supremo

del Estado de New Jersey que revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del contrato. No obstante, en aplicación de la teoría del interés superior del menor, valoró cual era la opción que mejor protegía los intereses de la niña y respeto la custodia a favor de los comitentes por considerar que le podría proporcionar una mejor calidad de vida, concediendo derecho de visita a favor de la madre biológica (Arámbula A. 2008, p. 57 y 58).

Es preciso mencionar que a través de la historia, se han desarrollado diversas prácticas de gestación por subrogación y hoy en día son realizadas con mayor cotidianidad, en los países donde es aprobada.

Finalmente, hoy en día se han evidenciado diversos casos de Reproducción Asistida y maternidad subrogada en el medio público, a modo de ejemplo se encuentra los siguientes: i. Cristiano Ronaldo el futbolista portugués del Real Madrid, tuvo sus tres hijos dos de ellos gemelos, por maternidad subrogada poco se sabe de esta hecho por lo que el jugador es muy reservado con su vida privada, sin embargo, el diario “The Sun” en el 2010 con su primer hijo manifestó que fue una madre de sustituta en la ciudad de New York. Posteriormente con los gemelos en el 2018, se manifiesta en el diario el Espectador que se realizaron también por gestación subrogada en Estados Unidos, ii. Según el Espectador el famoso cantante pop Ricky Martin tuvo sus gemelos Matteo y Valentino en el 2008 a través de la técnica de Reproducción Asistida.

## 2.2. CONCEPTOS Y TERMINOLOGÍA

### a) Terminología

***Técnicas de Reproducción Asistida (Inseminación Artificial IA, término más comúnmente utilizado)***

*La inseminación artificial, o AI, es un procedimiento de fertilización en el que se colocan artificialmente espermatozoides en el cuello del útero (inseminación intracervical) o el útero (inseminación intrauterina) de una mujer. Durante el tratamiento de inseminación artificial, se realiza un*

*control exhaustivo del ciclo menstrual de la mujer con kits de ovulación, ultrasonidos y análisis de sangre. El semen que se implantará es “lavado” en un laboratorio, lo que aumenta las posibilidades de fertilización mientras se eliminan las sustancias químicas innecesarias y potencialmente nocivas. El semen se introduce en la mujer y, si el procedimiento es exitoso, se produce la concepción. Igualmente Russi., anota el siguiente procedimiento. (p. 7)*

### **Procedimientos de inseminación artificial**

*Los procedimientos de inseminación artificial humana son formas avanzadas del tratamiento de la fertilidad que implican el uso de un tubo fino y flexible para colocar con precisión los espermatozoides de un donante en el aparato reproductor de una mujer. A continuación, se incluye una breve descripción general de los dos tipos principales de inseminación artificial: la inseminación intrauterina (IUI) y la inseminación intracervical (ICI), las cuales pueden ser realizadas por un especialista en reproducción en su clínica de fertilidad local. Utilice los enlaces provistos para examinar más exhaustivamente los procedimientos de inseminación artificial humana u obtener información sobre la fertilización in vitro (IVF).*

### **Fecundación In Vitro (FIV)**

*De primera mano y como un punto eje de la reproducción asistida, vamos a conceptualizar y poner de presente la biomedicina y biotecnología quien es la madre la reproducción asistida y en este sentido de la maternidad subrogada.*

*La FIV, es una de las prácticas más comunes y cotidianas para la procreación de un hijo biológico cuando se tiene obstáculos naturales; la FIV según Dexeus M. puede darse en diferentes factores así: (2010)*

- ***Fecundación in vitro (FIV) con óvulos de la pareja:*** La fecundación in vitro con óvulos de la mujer es una técnica donde se intenta fecundar los óvulos extraídos de una mujer con los espermatozoides de su pareja o las de un donante. Una vez fecundado se convierte en un pre embrión y se introduce en el útero para su desarrollo.
- ***Fecundación in vitro (FIV) con óvulos de donante:*** Consiste en fecundar los óvulos de una donante con los espermatozoides de la pareja, luego se introduce en el útero para seguir su desarrollo.
- ***Fecundación in vitro (FIV) con espermatozoides de la pareja:*** Este proceso consiste en fecundar los óvulos de la mujer y el espermatozoide de su pareja para conseguir un embarazo, luego, introduciéndolo en el útero. Para ello, el hombre ha debido de pasar por un examen o test para ver la calidad de sus espermatozoides y generalmente se debe a que no hay suficiente cantidad de ellos y se trata de extraer los suficientes espermatozoides para la fecundación.
- ***Fecundación in vitro (FIV) con espermatozoides de donante:*** Consiste en fecundar los óvulos extraídos de la mujer con el semen de un donante anónimo. Para ello, se ha debido comprobar las condiciones de calidad y cantidad de espermatozoides, provenientes de un donante sano. Una vez fecundado, el óvulo se convierte en un pre embrión y se transfiere al útero para que continúe su desarrollo.

b) Concepto de Maternidad Subrogada

*La maternidad subrogada la cual tiene diferentes y variadas definiciones, hay tantas definiciones como doctrinantes y hay tantas definiciones como legislaciones, pero todas tienen elementos en común por lo que vamos a tratar de realizar una conceptualización en prima facie muy general.*

Dando alcance a lo anterior podemos manifestar que, la maternidad subrogada, alquiler de vientre<sup>2</sup> o gestación por sustitución es una práctica que se realiza en la mayoría de los casos si no se puede decir que en todos, bajo el tenor de un “contrato” que puede ser oneroso o gratuito (altruista), donde una mujer llamada madre sustituta o madre gestante, manifiesta en forma expresa y libre su decisión de llevar en su vientre un embrión hasta su nacimiento que generalmente es realizado por inseminación *in vitro* (en adelante “FIV”)<sup>3</sup>, con el fin de ser entregado al momento del nacimiento a otra mujer llamada madre legal, a otro hombre llamado padre legal, una pareja heterosexual o una pareja homosexual.

La anterior, es un acercamiento a una posible definición puesto que el término puede conllevar a la vez diferentes situaciones, o modalidades tema que veremos en el siguiente apartado y podremos analizar en detalle.

Ahora bien, es necesario traer a colación los verbos que componen este fenómeno, práctica o contrato, el verbo “Subrogar” significa sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; “Gestar” por su lado significa, llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto; y en última medida “Maternidad” es el estado o cualidad de madre, estos significados fueron extraídos del diccionario de la Real Academia Española.

Delgado Calva propone el siguiente concepto de Maternidad Subrogada. *“Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicara alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el ovulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la*

<sup>2</sup> Como se le denomina en Pinzón I., Rueda E. y Mejía O. (Julio- diciembre 2015). La aceptabilidad jurídica de la técnica e gestación de vida humana por sustitución de vientre. Revista de Derecho y Genoma Humano.

<sup>3</sup> Fecundación en vientre.

*subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante.”* (Citado en Arámbula. A. 2008 p. 40)

### **2.3. MODALIDADES O TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA**

La maternidad subrogada a su vez se clasifica en tipos, clasificación que se debe a las diferentes formas en que se puede desarrollar científica o contractualmente, a saber:

#### **a) Subrogación tradicional**

Es aquella en la cual la madre gestacional aporta su propio óvulo, siendo así madre genética. La Reproducción Humana Asistida se realiza con el espermatozoide del futuro padre o de un donante. (Cadavid & Barrera, 2016, 5 y 6)

#### **b) Subrogación gestacional**

La Subrogación Gestacional es aquella que se da con genes (óvulos y espermatozoides) distintos a los de la madre sustituta, sean estos de la pareja que tiene la voluntad de ser padres o de genes donados, el eje central de esta clase de Subrogación es que la madre gestacional solo presta su vientre en el cual se inserta genes externos, así el niño no tendrá ningún vínculo biológico con ella, degenerando apegos. (Cadavid & Barrera, 2016, p. 5 y 6)

#### **c) Subrogación altruista**

Contractualmente hablando, esta modalidad en diferentes partes (como se verá en el desarrollo del artículo) es una obligación para que se pueda llevar a cabo la práctica, esto debido a los delitos que se pueden derivar si lleva consigo una remuneración.

La subrogación es altruista cuando, la madre gestante o sustituta realiza la labor, esto es, llevar en su vientre un feto que debe ser entregado al nacer, sin ningún honorario a cambio. (Cadavid & Barrera, 2016, p. 5 y 6)

Esta modalidad de la Maternidad Subrogada, es la modalidad más adecuada para el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida que no violenta los principios consagrados en la Constitución respecto a la familia y al principio fundamental de los menores.

#### **d) Subrogación comercial**

La comercialidad de esta modalidad puede llevar muchas consecuencias unas buenas y otras malas, y en algunos casos la Maternidad Subrogada comercial no es aceptada, es más es prohibida.

Este tipo de Subrogación se da cuando la madre sustituta recibe una contraprestación recibida en la mayoría de los casos por la “pareja” (o diferentes sujetos como se ha nombrado) que desea ser padre, por llevar en su vientre un feto que debe ser entregado al nacer. (Cadavid & Barrera, 2016, p. 5 y 6)

En Colombia la Maternidad Subrogada comercial, no se puede dar en virtud del artículo 42 Constitucional, en cuanto contradice los principios de la familia.

#### **e) Maternidad compartida**

Esta clase de maternidad se da cuando la pareja que desea tener un hijo está conformada por dos mujeres, en este caso, nos encontramos con el método ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja). La principal característica de esta técnica es que el tratamiento de la FIV se comparte entre ambas mujeres: una de ellas es sometida a la estimulación ovárica y aporta los ovocitos. Éstos se obtienen mediante punción ovárica y son fecundados con semen de donante, y los embriones se transfieren al útero de la otra mujer, que gestará el embarazo y dará a luz. De esta manera ambas mujeres participan activamente en el embarazo siendo ambas madres: la primera genética y la segunda gestante. (González, B. 2015, p. 9 y 10).

## 2.4. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN DIFERENTES PAÍSES

Hoy hay una diferencia en las posturas que se tienen en diferentes países sobre la maternidad subrogada, unos la aprueban, otros la prohíben y en otros no se tiene claridad jurídica como en Colombia y Brasil.

Al respecto, vamos a hacer un breve recorrido por el mundo para mostrar la postura de algunos países, pero nos vamos a centrar en con mayor atención a aquellos que la permiten.

En Francia, Alemania Suiza, Italia, Portugal y Austria, está prohibida la maternidad subrogada, ya que esto generaría problemas de filiación, de tráfico de menores y de personas (madres sustitutas), y diversas opiniones que dieron a estos países el suficiente soporte para prohibirlas. (Lamn E. 2013, p. 118 a 131).

Ahora bien, vamos a ver, que en el Reino Unido, Australia, Canadá, Grecia, México (parcialmente), Israel y Sudáfrica, la gestación por sustitución es permitida de manera altruista y en Rusia, Ucrania, India, y Estados Unidos, es Permitida de manera amplia, es de aclarar que Estados Unidos e India, la permiten para parejas del mismo sexo. (Lamn E. 2013, p. 131 a 192).

### a) Estados Unidos

En los Estado Unidos el derecho a procrear ha tenido un gran desarrollo, la jurisprudencia norteamericana reconoce la categoría de derecho fundamental del *right to reproduce* de la libertad personal, la doctrina de ese país reconoce que se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a las parejas o personas, estériles o no, que les faculta a procrear de manera natural y acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial. (Arámbula A. 2008, 90 y 91).



Dada la Organización Federal de los Estados Unidos y la soberanía de estos, se ha destacado que se encuentran diferentes posturas dentro este país. En este sentido, los Estados que expresamente prohíben la maternidad subrogada son Arizona, y Columbia de manera total y Nueva York y Nebraska los convenios de Gestación están prohibidos si media compensación. (Lamn E. 2013, p. 131 a 192)

De otro lado, se encuentran los Estado que permiten la gestación por sustitución, como Texas y Utah, quienes permiten esta práctica siempre que cumplan con los requisitos de ley. Así solo la permite para parejas heterosexuales y casadas. (Lamn E. 2013, p 131 a 192)

En California, la gestación por sustitución puede resultar de una pareja del mismo sexo por cuanto su legislación en familia y filiación es muy neutral tanto al género como al estado civil. (Lamn E. 2013 p. 131 a 192)

#### **b) India**

India como lo menciona Cadavid & Barrera, desde el 2008 es uno de los países donde es legal y cotidiana la práctica de la maternidad subrogada como un contrato, allí hay aproximadamente 200.000 clínicas privadas con este objeto social, la maternidad subrogada se debe realizar con el ovulo y espermatozoide de quienes serán los padres o ambos provenientes de donantes, nunca se realiza con material genético de la madre subrogada para evitar lazos afectivos.

Para el gobierno hindú y la misma sociedad la infertilidad es un problema que atañe a la sociedad mundial y que la capacidad tecnológica y profesional de este país puede solucionar.

Jurídicamente india tiene una organización estable, la maternidad subrogada tiene una reglamentación que fue emitida en razón de la reproducción asistida desarrollada por el Ministerio de Salud.

En el año 2013 el Ministerio del Interior emitió directrices respecto de extranjeros que se dirigían a india en busca de alquiler de vientre, manifestando la prohibición de esta práctica a parejas del mismo sexo y parejas sin casarse. Ministerio del Interior, India, 2012 (Citado en Cadavid & Barrera, 2016, p. 8 a 12).

### **c) México**

En México la maternidad subrogada está dividida por diferentes opiniones, dado que en algunos estados esta figura se encuentra permitida (Tabasco y Sinaloa) y en otros no (Coahuila y Querétaro).

Tabasco permite legalmente la maternidad subrogada como un contrato que puede ser oneroso o altruista (Código civil artículo 92 y 347) únicamente para ciudadanos mexicanos, cuando la madre contratante no tenga la capacidad para gestar, para parejas casadas o convivan permanentemente.

En esta legislación es la presunción materna y paterna la que juega un papel importante; la presunción de maternidad se da cuando la madre gestante sustituta no lleva genes del niño solo se limita a llevar el embarazo a su término y prestar su vientre para la gestación en este caso la madre contratante se presume como madre legal. Pero cuando la madre gestante subrogada, aporta material genético la madre subrogada será también madre legal, caso en el cual deberá renunciar a la maternidad del menor en favor de la madre contratante, quien deberá adoptarlo y regirse por las normas de la adopción. Por otro lado la paternidad se

presume en ambos casos, ya que el consentimiento de la contratación implica la aceptación de la paternidad.

Sinaloa también permite en su legislación (Decreto 742 de 2013- Art 283) la práctica de la maternidad subrogada onerosa o altruista, es menester que la madre contratante tenga incapacidad para gestar y que ambos padres sean mexicanos. (Cadavid & Barrera, 2016, p. 12 a 15).

### **3. PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA**

Colombia es uno de los países que ha desarrollado más ampliamente su ordenamiento a favor, respecto y protección de las personas LGTBI, fomentando los derechos consagrados en su Constitución como la igualdad, la no discriminación, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad entre otros. De igual manera, sigue regulando frente a temas en los cuales sigue una desigualdad.

En este contexto es de mencionar, que en Colombia es la Corte Constitucional quien ha tomado una postura relevante respecto de derechos de las personas LGTBI.

Bajo el tenor de la Constitución de 1991, como lo vimos con antelación en su art 42 la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, o por la voluntad responsable de constituirlos, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos. Sin embargo, este concepto ha variado como consecuencia de la realidad social, en la actualidad no solo es conformada por familias heterosexuales sino que las familias pueden tratarse de parejas del mismo sexo, o familias que solo tengan un padre o una madre.

Ahora bien, en Colombia la búsqueda de las personas LGTBI, de tener los mismos derechos que las personas heterosexuales ha sido ardua, pero se ha visto fruto reflejado a lo largo de los años en diversas sentencias. En primera instancia me gustaría mostrar la

siguiente tabla de autoría de los señores Ceballos. P., Ríos J. & Ordoñez M., que refleja las diversas sentencias hito que le dieron soporte a la sentencia T-911 de 2009 de la que hablaremos más adelante, esta tabla, está dividida en dos niveles, el primero corresponde a las citas jurisprudenciales de la sentencia en comento, y el segundo de las citas de las sentencias del primer nivel.(p. 217)

Arquimédica	T-911 de 2009				
Primer nivel	C-811/2007	C-811/2007	C-336/2008	C-798/2008	C-029/2009
Segundo nivel	C-098/1996	C-075/2007	C-075/2007	C-075/2007	T-725/2004
	SU-623/2001	C-811/2011	C-811/2011	C-811/2011	C-075/2007
				C-336/2008	C-811/2011
					C-798/2008

Fuente: Ceballos. P., Ríos J. & Ordoñez M. (2012). *El reconocimiento de derecho a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista*. Armenia, Colombia. p. 217.

En la sentencia C-098/1996, la Corte Constitucional, resuelve la demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1 y 2 literal a) de la Ley 54 de 1990, “por la cual define la unión marital de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes” al no extender las uniones de parejas del mismo sexo el régimen patrimonial a las uniones maritales de hecho. Sin embargo la Corte, concluye manifestando que hay elementos que se dan en las parejas heterosexuales y no en las homosexuales por lo cual le da exequibilidad a la norma acusada.

Mediante Sentencia SU-623/2001, la Corte, al analizar si se violaban los derechos a la salud, a la seguridad social, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al no permitir a una persona homosexual acceder al régimen contributivo de la seguridad social del que era parte su pareja, la Corte concluye, a pesar de que la orientación sexual es una

opción válida y una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, no es equivalente al concepto de familia que tiene la constitución.

La Sentencia T-725/2004, la Corte Constitucional al revisar un fallo de tutela, que decidió no tutelar a los accionantes de la misma, por la presunta vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo la seguridad social y la dignidad humana, al negarse a conceder la tarjeta de residencia a una de las partes quien era compañero permanente quien era residente, la Corte negó, puesto que la Constitución manifiesta una familia monogámica.

La Sentencia C-075/2007, la Corte aborda nuevamente el estudio de constitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, por primera vez en la historia de Colombia reconoció la existencia jurídica de las parejas del mismo sexo, ya que se decidió en esta sentencia que las Ley precitada era aplicable tanto a las parejas heterosexuales como a las del mismo sexo. (Bonilla. D. 2008).

Lo anterior bajo la luz de Ley 979 de 2005, manifestando la Corte que toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional y se encuentra sometido a un control constitucional estricto.

Es preciso mencionar que el Magistrado Jaime Araújo Rentería, ha salvado su voto en diferentes de las sentencias mencionadas con autoridad, manifestando que el concepto de familia de la Constitución es amplio y da lugar a las parejas del mismo sexo, mencionando que el artículo 42 manifiesta dos formas de familia: en un caso voluntad de un hombre y una mujer que por medio de una familia forman una familia, y, en otro caso, por la voluntad responsable de dos personas de conformarla, sin exigir que se trate de una heterosexualidad.

La Sentencia 075/2007, es un verdadero hito que abrió las puertas para que las parejas del mismo sexo pudieran tener una igualdad jurídica.

Ese mismo año, la Sentencia C-811 de 2007, admitió la cobertura del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo para las parejas del mismo sexo, y posteriormente con la Sentencia C-336 de 2008 las parejas del mismo sexo pudieron acceder al sistema pensional.

La Sentencia C-029/2009, declara la constitucionalidad condicionada de diversas normas que consagran derechos deberes y consecuencias jurídicas para los miembros de las uniones maritales de hecho (hombre y mujer) con exclusión de las parejas del mismo sexo, en el entendido en que estas aplican en igual de condiciones, a los integrantes de parejas del mismo sexo. (Ceballos. P., Ríos J. & Ordoñez M. 2012, p 212 a 234).

En segunda medida, es de mencionar que en los últimos años se han venido desarrollando importantes avances ya no en materia de unión marital de hecho, sino en la figura jurídica del matrimonio, en la Sentencia C-577 de 2011 la Corte exhorto al Legislativo, regular sobre el matrimonio con un plazo perentorio (20 de junio del 2013) y de no hacerlo las parejas del mismo sexo podrán acudir ante un notario o un juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

Posteriormente el 2016 en sentencia SU- 214 de 2016, la Corte Constitucional indica, con el propósito de: *(I) superar el déficit de protección reconocido en la sentencia C-577 de 2011, en relación con las parejas del mismo sexo en Colombia; (II) garantizar el ejercicio del derecho a contraer el matrimonio; (III) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extiende los efectos de su Sentencia de Unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo, que con posterioridad al 20 de junio del 2013: (I) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil, debido a su orientación sexual; (II) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo, sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (III) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo y; (IV) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil.* (Sacristán A. 2017, 8 a 11)

Ya hemos visto que la discriminación ha disminuido y han aumentado los derechos para las parejas del mismo sexo, pero hemos de tocar un tema de suma importancia para la presente misiva y es, el derecho de adoptar de estas parejas.

En Sentencia C-071/2015, donde se demandan las normas sobre adopción ya que excluyen de manera expresa a las parejas del mismo sexo, la Sentencia en su decisión sostiene:

“[...]

*La Corte condiciona la exequibilidad de las normas adopción consentida o complementaria, en el entendido en que en su ámbito de aplicación también están comprendidas las parejas del mismo sexo cuando la solicitud de adopción recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente”.*

[...]

*En todo caso es de advertir que lo anterior no implica la existencia de un imperativo constitucional de reconocer en formato inexorable y automática este vínculo de filiación, porque eso deberá ser decidido a partir de una valoración caso a caso de acuerdo a las circunstancias que rodean a un menor de familia. [...]*”

La Sentencia C-683/2015, reitera la posición de la Corte indicando que no puede restringir la adopción a una pareja en razón de su orientación sexual ya que esto resulta contrario a la Constitución Política de 1991, pero se deja claro que la corporación no está autorizando de manera directa la adopción, ya que el proceso debe ser evaluado por entidades competentes y siempre debe primar el interés superior del menor.

Es pertinente mencionar en este apartado la sentencia T-070/2015, en la cual se manifiesta la protección de los diferentes tipos de familia en el marco del artículo 42 de la carta superior, citando en primera medida que la familia se puede conformar por la voluntad libre de hacerlo lo cual comprende la unión marital de hecho derecho que es aplicable a las parejas del mismo sexo y en segunda medida que los hijos que pueden ser procreados por asistencia científica tienen iguales derechos. Lo anterior denota en la constitución una real igualdad entre las familias sin discriminación de como estén conformadas, dado un amplio alcance de estos conceptos.

En conclusión, en este acápite, podemos manifestar que los derechos de las parejas del mismo sexo han avanzado con gran esfuerzo y es ya visto que no debe haber discriminación

entre las parejas heterosexuales y las homosexuales, puesto deben respetarse sus derechos de dignidad igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

#### **4. PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

Los desastrosos efectos de la discriminación contra personas de sexualidad no convencional son ampliamente conocidos, y se extienden a través de continentes, culturas y tradiciones legales: la Declaración sobre Identidad Sexual y Orientación de Género presentada el 18 de diciembre de 2008 a la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas incluye una condena de la violencia, el hostigamiento, la discriminación, la exclusión, la estigmatización y el perjuicio basados en orientación sexual y la identidad de género. También incluye la condena de asesinatos y ejecuciones, tortura, detención arbitraria y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales con base en estas razones. La Declaración fue firmada por 67 Estados Miembros; entre ellos, 14 Estados Miembros de la OEA. (CIDH 2011).

El reconocimiento, el respeto y la promoción de los derechos de minorías sexuales han recibido atención periódica por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH o Comisión). En los años 2008 y 2009, la Comisión ha hecho referencia a la situación de estos grupos sujetos a discriminación en comunicados de prensa emitidos después de visitas *in loco* y de asesinatos de activistas. Por ejemplo, en el comunicado después de su visita a Jamaica, la Comisión condenó

“[...] enfáticamente el alto nivel de homofobia que prevalece en la sociedad jamaicana. Esta homofobia ha resultado en muertes violentas de personas percibidas como gays, lesbianas, bisexuales o transexuales, así como acuchillamientos, ataques en grupo, detenciones arbitrarias y acoso policial. El miedo resultado hace más difícil que personas de estos grupos tengan acceso a ciertos servicios básicos, por ejemplo, servicios médicos que puedan revelar su orientación sexual. Defensores y defensoras de los derechos de los gays, las lesbianas, los bisexuales y los transexuales han sido asesinados, apaleados y amenazados, y la policía ha sido criticada en muchas instancias por no prevenir o no responder a denuncias de este tipo de violencia. El Estado debe tomar medidas



para asegurar que las personas de este grupo puedan asociarse libremente, y ejercer sus derechos básicos sin temor a ser atacadas. [...]”

Por otra parte, las personas LGBTI también sufren de discriminación oficial, cuando se crean leyes y cuando los gobiernos crean políticas estatales que positivasen penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial. Por ejemplo, todavía existen varios Estados en los cuales prohíben o niegan el paso libre de estas parejas en diferentes lugares, lo cual ha sido considerado por esta Corte y por diversos órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos como contrario al derecho internacional de los derechos humanos por violar los derechos a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a la privacidad. (CorteIDH 2017).

## **5. MATERNIDAD SUBROGADA EN PAREJAS DEL MISMO SEXO**

Gracias a la tecnología del siglo XXI las parejas del mismo sexo pueden tener hijos genéticos, ahora bien, el problema es que deben buscar un destino donde puedan realizar esta práctica (California e India).

Durante el desarrollo de este trabajo hemos analizado hasta el momento, en primera instancia la maternidad subrogada, dando un pequeño bosquejo de está y en segunda medida las parejas del mismo sexo dando un alcance histórico de su avance en la igualdad. Lo anterior con un fin muy específico, y es llegar con un conocimiento fundamentado dentro de este último acápite y realizar un análisis de la igualdad para las parejas del mismo sexo.

De otro lado es de mencionar que, en diciembre del 2015 falleció Robert Spitzer, el psiquiatra que desmintió que la homosexualidad fuera una enfermedad, Spitzer eliminó a la homosexualidad en 1973 del *manual diagnóstico y estadístico de enfermedades mentales*, al considerar que esta no era un trastorno mental. Kraus A. (2017).

### 5.1. REGIMEN JURÍDICO EN COLOMBIA.

En Colombia se ha tenido conocimiento de una pareja del mismo sexo que practico la maternidad subrogada, en la sentencia SU 696 de 2015, donde una pareja parejas del mismo sexo de hombres se realizaron un procedimiento de maternidad subrogada en California mediante la fecundación de óvulos con su esperma y en un vientre de alquiler, pero al momento del registro del menores (gemelos) en Colombia, este se les niega por el simple hecho de que en el formato de registro se encuentra el nombre del padre y de la madre sin opción de padres o madres del mismo sexo.

Por lo tanto, en la sentencia la Corte afirma que el omitir el registro de los hijos biológicos de dos padres del mismo sexo desconoce la existencia de otras uniones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se encuentran plenamente protegidas por la Constitución. Por lo cual la Corte concluye respecto de las Notarías, así:

“[...]”

*violaron los derechos fundamentales de los menores de edad Bartleby y Virginia a la dignidad humana, a la igualdad y no discriminación, al reconocimiento a la personalidad jurídica y la cláusula de la prevalencia de los derechos de los menores de edad. Particularmente, dicha violación se debió a su negativa reiterada y probada de realizar la inscripción de los niños en el registro civil de nacimiento, pese a que existía un documento equivalente extranjero que reconoció la relación filial de los mismos con sus padres Antonio y Bassanio.*

*Los notarios en mención, consideraron que el caso de los niños se ajustaba a la actual imposibilidad que tienen las parejas del mismo sexo para acudir a los procesos de adopción voluntaria cuando la realidad fáctica y procesal señala que dicha figura no tiene ninguna aplicación en el caso concreto.*

[...]”

Finalmente, la Corte resuelve a favor de los derechos de los menores, y ordena a la Registraduría Nacional del Estado Civil que implemente un nuevo formato de Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres.

## 5.2. INTERNACIONAL

En materia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han manifestado frente a la intolerancia que se presenta respecto de la adopción o tenencia de un niño a parejas del mismo sexo, que el principio del interés superior del niño no puede aplicarse para intentar justificar decisiones que son discriminatorias respecto de otras personas y sus derechos, y que se basan meramente en prejuicios, preconcepciones y estereotipos sociales respecto de determinados comportamientos o grupos de personas. Al respecto, en un caso en el que la Corte conoció sobre cuidado y custodia de tres niñas, entendió lo siguiente:

El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una custodia.

Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños (CIDH 2013).

En este orden de ideas, es de recalcar que progresivo con la regulación e implementación de los derechos de la comunidad LGTBI, se ha ampliado la posibilidad y la permisión en diferentes países de que parejas del mismo sexo puedan adoptar y/o procrear niños.

Ahora bien, respecto a lo anterior es muy mencionada la pregunta ¿conculca el interés superior del niño ser criado por dos personas del mismo sexo? Esto ha sido claramente respondido por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo vs Chile del 24/02/2012, en el que se cita de manera expresa una sentencia de la Corte Suprema de México del 16/08/2010. Aquí se debatía la constitucionalidad de la reforma del Código Civil y Procedimiento Civil del Distrito Federado que en fecha 21/12/2009 habilitó el matrimonio a parejas del mismo sexo en este ámbito territorial. En este marco el Procurador General puso en crisis la posibilidad de que estas parejas pudieran adoptar. La Corte, de manera elocuente, dijo: No existe ninguna base para afirmar que los hogares o*

*familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencia de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quien sostiene, prejuiciosamente, que una pareja del mismo sexo no es igual o es peor para la salud y bienestar de los menores que una pareja heterosexual. (Lamn E. 2013, p. 59 y 60).*

En este sentido, los estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de padres o madres homosexuales son equivalentes a la de padres o madres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico o bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de niños o niñas criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madres o del padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismo como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños. (Lamn E. 2013, p. 60).

A modo de ejemplo según Lamn, se trae a colación los siguientes casos de maternidad subrogada para personas del mismo sexo:

En Brasil, el 29 de enero del 2012 nació la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante fue una prima de uno de ellos que actuó de manera altruista y con óvulo donado y con semen de uno de los padres. El juez autorizó la inscripción.

En Sudáfrica, tras la entrada en vigor de su ley en 2010, se reconoció la doble paternidad de un matrimonio con parejas del mismo sexo que había tenido un hijo a través de un contacto de gestación por sustitución.

En Australia, la Corte Suprema de New South Wales (NSW), el 4 de mayo del 2012, confirió, por primera vez, una orden parental a favor de una pareja parejas del mismo sexo no casada. (Lamn E. 2013 p. 62)

## **6. EFECTOS JURÍDICOS QUE SE PUEDEN DERIVAR DE LA PRÁCTICA DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO.**

Como lo hemos desarrollado a través de la presente misiva, esta práctica conlleva, muchos retos, consecuencias y efectos jurídicos, en razón a su aprobación y regulación, a las diversas situaciones que se tejen alrededor de esta práctica como los múltiples moralismos que se desarrollan del mismo.

Respecto al particular, esto es, la maternidad subrogada para parejas del mismo sexo es aún más complejo, por cuanto los dos temas (maternidad subrogada y derechos para las parejas del mismo sexo) han sido de gran debate durante los últimos años, y su modalidad comprendería grandes efectos jurídicos.

### **a) La filiación**

#### **MATERNIDAD**

Es uno de los retos más difíciles del derecho en general, dado la modalidad de afiliación en cada legislación. En muchos casos y en muchas legislaciones en las que se encuentra permitido, prohibido o no regulado, la maternidad es definida por el vínculo que se tiene entre la madre y el hijo en el vientre.

En este sentido, la madre y la maternidad se dan por ese lazo que hay entre el hijo y la madre en el vientre, por lo cual es difícil definir la maternidad dentro de esta práctica, porque muchas legislaciones significan la maternidad con la gestación, es más, significan a la “persona” con el hecho de la separación de su “madre”.

En Colombia, por ejemplo, el principio de la persona se define con el nacimiento, a saber:

*“ART. 90.- La existencia de legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su **madre**. (Subrayado fuera de texto).*

*La criatura que muere en el **vientre materno**, o que perece antes de estar completamente separado de su **madre**, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. (Subrayado fuera de texto).”*  
(Congreso de la Republica, Ley 57 de 1887a)

En el texto inmediatamente anterior podemos notar que, la maternidad es totalmente relacionada con la gestación, por lo cual la adecuación de la maternidad subrogada al nuestro ordenamiento (Ordenamiento Colombiano) puede ser un poco complicada.

Por otro lado, la maternidad se define de la siguiente manera:

*“ART. 335.-La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, [...]”* (Congreso de la Republica, Ley 57 de 1887b)

En el precitado texto, podemos notar que la definición es mucho más amplia y que la maternidad no es dada solamente por un vínculo consanguíneo, en esta definición es más propicia la inserción de la maternidad subrogada gracias a su ampliación.

Lo anterior en atención a las diversas problemáticas que puede generar este concepto con relación a la madre sustituta y la madre legal y a la inserción del concepto en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En consecuencia, podemos destacar que en diversas oportunidades se ha evidenciado y también alrededor del presente documento se ha relatado, que muchas madres sustitutas no entregan al recién nacido por que se generó un vínculo sentimental. Por lo anterior en muchas legislaciones se establecen límites concretos donde la madre sustituta se compromete a entregar al niño una vez nazca sin tener sobre el ningún derecho. De otro

lado, las legislaciones que aceptan esta práctica exigen que el ovulo no sea de la madre sustituta.

En Colombia como lo vimos con antelación en la sentencia T-968 de 2009, cuando la madre sustituta tiene un vínculo con el *naciturus*, esta tiene derechos sobre él y se analiza bajo el fundamento de que los derechos de los menores son superiores al de los demás.

## PATERNIDAD

El Código Civil manifiesta en su artículo 213 que la paternidad se presume de los cónyuges o los compañeros permanentes, a saber:

*“ARTICULO 213. PRESUNCION DE LEGITIMIDAD. Modificado por el art. 1, Ley 1060 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.”*

En lo anterior y según el articulado del Código Civil es padre quien así lo desea voluntariamente (reconocimiento), por la presunción de la que se mencionó *infra*, y solo se desvirtúa por un proceso en el que se demuestre, que no se tiene material genético, no ser el padre Biológico, esto nos dice que en la trazabilidad de la norma es la genética quien identifica el ser padre o la voluntad.

Ahora bien, en el caso particular de la maternidad subrogada se pueden presentar que, se quiera tener un hijo biológico, pero el padre es estéril por lo que se acude a la maternidad subrogada con esperma de un donante, si la madre sustituta no quiere entregar el niño una vez su nacimiento ¿el padre de qué medida puede demostrar, que según la teoría de la voluntad vista con anterioridad tiene derechos sobre el menor?, en este caso es menester revisar la norma actual en el país donde se desarrolló y el contrato que se suscribió.

En el caso específico *sub examine*, los problemas más relevantes de filiación respecto de parejas del mismo sexo, se daría en el marco de la genética y si el padre biológico tiene más derecho que el que no lo es. En el caso de la pareja que ambas son mujeres se podría dar de dos formas, la maternidad compartida o que una de ellas sea intervenida para una Reproducción Asistida con semen de un donante, en los dos casos el menor producto de la técnica tendrá material biológico de una de ellas y de la otra no.

Ahora cabe concebir los efectos jurídicos que se pueden derivar de esto, uno de ellos se da en el momento de que la pareja destruya el vínculo sentimental y económico entre ellas, sea llamado sociedad conyugal o sociedad paternidad, ¿tendrá más derecho la madre biológica?

En relación con la pareja de hombres surge la misma duda que la anterior sea el procedimiento utilizado uno de ellos será el portador del ADN ¿tendrá este mayor derecho sobre el menor?

Las anteriores son grandes cuestionamientos jurídicos que se presentan además del gran interrogante y eje fundamental respecto de los derechos del menor y su bienestar por encima del de los demás según lo menciona Arévalo V. En concordancia con lo mencionado a lo largo del presente escrito, podemos evidenciar que, en la teoría de la voluntad, si los dos padres manifestaron su voluntad y conocimiento respecto de las consecuencias jurídicas que conlleva la responsabilidad de un menos se debe asumir en el contrato y las leyes del país donde se desarrolla, y esta debe ser en igualdad de derechos y responsabilidades de ambos, como es manejado con las parejas heterosexuales. (p. 7)

Otra de las problemáticas que atañe esta práctica y que es muy común, se da cuando la madre gestante genera un apego por su hijo que se encuentra en su vientre, muchas veces



este apego es más fuerte cuando la Subrogación es Tradicional porque se lleva un vínculo genético.

En este sentido, los inconvenientes que han generado estos y que han llegado a Tribunales, es que la madre gestante al nacer el niño no lo entrega a sus padres por creer tener sobre él derecho, en muchos casos si la madre es biológica a pesar del acuerdo que se haya realizado esta tiene la patria potestad, en estos casos se mira con alto grado de atención la supremacía de los derechos de los menores por encima de los demás.

En conclusión se puede determinar este tipo de contrato es su carácter volitivo, que quiero decir con esto, la voluntad de la persona de ser padres y la voluntad de la madre sustituta de prestar su vientre con el objetivo de gestar el embrión y entregarlo al nacer.

A pesar de que la madre sustituta llegase a generar un apego con el menor, su voluntad y la razón que la llevo a realizar esa práctica era solo la de gestar la criatura y de entregarla a la pareja con todos los derechos sobre él. Al mismo modo la pareja, es su voluntad de una vez realizado este contrato, manifiestan su voluntad de ser padres y de adquirir las responsabilidades de esto.

Por lo tanto, si se llega a generar una controversia, sea porque la madre gestante no quiera entregar al niño sea la modalidad que sea de Subrogación, es la voluntad que se tuvo en el contrato quien debe definir quién debe tener el menor. No quiero decir con esto que dejo de lado el derecho superior del menor que se encuentra en medio, pero la voluntad de una madre sustituta de solo prestar el vientre y de la pareja de tener un hijo (deseo de ser padres) determina el mayor bienestar del menor, por cuanto la pareja siempre tuvo el deseo de criarlo y brindarle lo mejor.

A la luz de lo que precede, es de mencionar lo manifestado por el señor Moro Almaraz *“la paternidad y la maternidad se acreditan –y así lo avalan diversas sentencias- con actos que muestren con evidencia la voluntad de los padres o de la familia, la constancia y la perseverancia en el ánimo o actitudes de aquellos sin solución de continuidad, en la permanencia y publicidad de tal actitud. Es decir, que en las parejas estables la posesión de estado se deriva de un conjunto de actitudes como las citadas notorias y reiteradas.”* (Citada en Arámbula A. 2008, p. 19).

Es Menester mencionarlo, se ha debatido en varias oportunidades sobre los derechos del no nacido, Existen diversas teorías sobre la personalidad moral del no nacido. Entre ellas, la teoría gradualista de la protección de la personalidad moral es la más adecuada para determinar el estatuto del no nacido porque, sin negarle valor moral, considera que debe ser protegido de manera gradual, en virtud de la progresividad de su desarrollo biológico, hasta el nacimiento. De ahí que diversas Altas Cortes de Justicia, así como distintas instancias internacionales, que se han pronunciado sobre el estatuto del no nacido, hayan optado por la teoría gradualista. (Carracedo S. 2015, p. 23).

#### **b) Relación jurídica entre la madre sustituta y los padres biológicos o comitentes.**

Uno de los grandes debates que se presentan es el tipo de relación jurídica que se presenta entre la madre sustituta y los padres comitentes, en muchas legislaciones se presenta la posibilidad de realizar un contrato que puede ser oneroso o gratuito, reconociendo como ya fue mencionado que en Colombia solo podría adecuarse la figura de altruista. (Arámbula A. 2008, p. 67).

En *prima facie*, la subrogación como la pudimos ver *infra* puede darse de manera altruista y comercial, esto genera una problemática porque para muchos doctrinantes y legislaciones puede generarse delitos como la trata de personas con fines comerciales, esto

es, tomar a una mujer como objeto (útil para la gestación) y utilizarla para obtener una remuneración, además de las violaciones que se pueden generar a los derechos de los menores.

A la luz de lo que precede, la Teoría de la Intención, manifiesta que madres es quien desea y quiere ser madre (o en su defecto también padre), quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético o biológico; Esta teoría fue desarrollada en el estado de California en el caso de *Johnson v. Calvert de 1993* en este caso se practicó la Maternidad Subrogada pero por desacuerdos entre las partes la madre gestante se negó a entregar el niño, por cuanto los padres genéticos activaron el aparato judicial. En esta caso por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante si la madre legal es aquella que da a luz al niño o la que provee de material genético. (Lamn E. 2013, p. 42 y sg).

## **CONCLUSIONES.**

Luego de haber realizado el análisis anterior podemos concluir que la maternidad subrogada concebida con los nuevos métodos científicos y médicos es una técnica actual que se está desarrollando alrededor del mundo y que genera grandes incógnitas respecto a su aplicación.

La maternidad subrogada ya está legislada y permitida diferentes países donde se implementa como un contrato con diversas limitantes como el ser oneroso o gratuito, el acompañamiento de un centro de fertilización, que la madre sustituta no tenga material genético con el menos entre otras, regulaciones, demostrándonos que esta práctica se puede desarrollar de manera positiva siempre y cuando se positivice de manera adecuada.

Colombia es uno de los países que no tiene una legislación que permita o prohíba la técnica de maternidad subrogada, el artículo 42 de la Constitución Política permite de

manera tácita la asistencia científica como un modo de procrear un niño, dando un punto de partida. De otro lado a pesar del vacío normativo, que se presenta en este tema, la Corte Constitucional dio un lineamiento permisivo con la sentencia T-968 de 2009, en donde exhorto al Congreso de la Republica a reglamentar dicho tema, hoy en día no se pronunciado.

Colombia ha sido uno de los países con mayores avances en la igualdad de derechos para las parejas del mismo sexo, hoy en día las parejas del mismo sexo tienen derechos patrimoniales, sociales, personales entre otros, demostrando así que no debe haber discriminación por la orientación sexual.

Se evidencio que se encuentra una notable desigualdad en materia de maternidad subrogada para parejas del mismo sexo y parejas hetero sexuales, esto en cuanto, los países que aceptan la maternidad subrogada para parejas heterosexuales son mucho mayores a los que la aceptan para parejas del mismo sexo, que son solo India y Estados Unidos (California).

Por último, es de anotar que este tema es de gran debate por las diversas problemáticas que se pueden desarrollar a su alrededor, como la filiación, la relación jurídica entre los intervinientes, delitos que puedan desarrollarse, entre otras, pero observando el derecho comparado si éste se regula debidamente y de manera eficiente, puede ser una práctica adecuada sin que tengan la necesidad las parejas que quieran tener un hijo biológico de viajar a otro país.

## **REFERENCIAS**

Arámbula A. (2008). *Maternidad subrogada*. Cámara de Diputados, México, DF.

Bonilla. D. (2008). *Parejas del mismo sexo en Colombia: tres modalidades para su reconocimiento jurídico y político*. Bogotá, Colombia.

Ceballos. P., Ríos J. & Ordoñez M. (2012). *El reconocimiento de derecho a las parejas del mismo sexo: el camino hacia un concepto de familia pluralista*. Armenia, Colombia.

Haydée B. Homenaje. (2014). *Derecho familiar internacional*. Venezuela.

Lamn E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, España.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2011). Plan de acción 4.6.i (2011 – 2015) Personas LGBTI.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2015). *Violencia contra personas LGBTI*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Doc 36.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). (2017). Opinión consultiva oc-24/17 solicitada por la República de Costa Rica.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2013). *DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA. CUIDADO ALTERNATIVO. PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS AMÉRICAS*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13

IACHR, Comunicado de Prensa 59/08, disponible al vínculo <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2008/59.08sp.htm>

Asamblea General Constituyente, (1991) Constitución Política de Colombia.

Congreso de la Republica de Colombia. (1887). Ley 57 Código Civil.

Congreso de la Republica de Colombia. (2005). Ley 979 Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

Cámara de Representantes del Congreso de Colombia. (09 de marzo 2016). Proyecto de ley 202.

Corte Constitucional. (14 de junio de 2001). Sentencia de Unificación 623. Magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (30 de julio 2004). Sentencia de Tutela 725. Magistrada Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (7 de febrero 2007). Sentencia 075. Magistrada Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (3 de octubre 2007). Sentencia 811. Magistrada Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional. (16 de abril 2008). Sentencia 336. Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional. (7 de diciembre 2009). Sentencia 911. Magistrada Ponente Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. (28 de enero 2009). Sentencia 029. Magistrada Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (18 de diciembre del 2009). Sentencia de Tutela 968. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. (26 de julio 2011). Sentencia 577. Magistrada Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional. (2015). Sentencia de Unificación 696. Magistrado ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional. (18 de febrero 2015). Sentencia 070. Magistrada Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez.

Corte Constitucional. (18 de febrero 2015). Sentencia 071. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacios

Corte Constitucional. (4 de noviembre de 2015). Sentencia 683. Magistrada Ponente Jorge Iván Palacio Palacios

Corte Constitucional. (28 de abril 2016). Sentencia de Unificación 214. Magistrado ponente Alberto Rojas Ríos

González, B. (2015). *Maternidad Subrogada realidad actual, problemas y posibles soluciones* (tesis de pregrado). Universitat Miguel Hernández, España.

Cadavid K.M., & Barrera A. (2016). *Maternidad Subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema* (tesis de pregrado). Universidad CES- Medellín, Colombia.

Cano H.M. (2001). *LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COLOMBIANO* (tesis de pregrado). Universidad de Medellín, Colombia.

Carracedo S. (2015). *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú facultad de derecho. Lima, Perú.

- Russi. S. (2015) Régimen jurídico de la maternidad subrogada en Colombia: un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos para las partes (Trabajo de grado, para optar al título de abogado), Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Arévalo V. (2016). Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos (Trabajo de grado, para optar al título de abogado), Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Sacristán A. (2017) *El referendo a los derechos de las parejas del mismo sexo (PMS) en Colombia* (Trabajo de grado, para optar al título de abogado), Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.
- Pinzón I., Rueda E. y Mejía O. (Julio- diciembre 2015). *La aceptabilidad jurídica de la técnica e gestación de vida humana por sustitución de vientre*. Revista de Derecho y Genoma Humano.
- Kraus A. (2017, junio 19) *Parejas gay y gestación subrogada*, [mensaje en un blog] obtenido de <https://arnoldokraus.nexos.com.mx/?p=418>
- Dexeus M. (2010, diciembre, 29). Fecundación in vitro Salud de la Mujer Dexeus. Recuperado de <https://YOUTU.BE/LIW3018zOz4>.